

《院生応募論文》

共犯の処罰根拠と違法の相対性

外 木 央 晃☆

Der Strafgrund der Teilnahme und die Relativität der Rechtswidrigkeit

Takaaki Tonogi

- 1 本論文の目的
- 2 前提的考察
 - (1) 共犯の処罰根拠の妥当範囲
 - (2) 惹起説の分類
 - (3) 惹起説と因果的共犯論
- 3 共犯の従属性の程度
- 4 惹起説とその検討
 - (1) 純粹惹起説とその検討
 - (2) 修正惹起説とその検討
 - (3) 混合惹起説とその検討
- 5 共犯論上の個別問題の処理
 - (1) 身分犯と共犯
 - (2) 必要的共犯
- 6 結 論

1 本論文の目的

共犯の処罰根拠が本格的に論じられ始めたのは、比較的近年のことである。1967 年に、リュエダッセンとトレクセルが、それぞれの論文において共犯の処罰根拠を固有のテーマとして取り上げたことで⁽¹⁾,

☆博士後期課程法学研究科公法学専攻

⁽¹⁾ Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967. リュエダッセンの見解は、相内信「クラウス・リュエダーセン著〈共犯の処罰根拠について〉(1967 年)」『金沢法学』19 巻 1・2 合併号(昭 51 年・1976 年)100 頁以下で紹介されている。

共犯の処罰根拠が注目を集めるようになったのである⁽²⁾。その影響を受けて、わが国でも、共犯の処罰根拠論は、意識的に展開されるようになり、演繹的な思考モデルとしての意義を伴って、共犯論上の諸問題に一定の道筋を示したと言われている⁽³⁾。そこでは、統一的な観点から、未遂の教唆、必要的共犯および身分犯と共犯といった共犯論上の個別問題を解決できると考えられてきたのである⁽⁴⁾。

その一方で、もっぱら共犯の処罰根拠によって、全ての共犯論上の個別問題が必然的に解決され得るわけではないとも考えられており、「単純にそして完全に割りきって考えてしまってもよいものかという、若干の危惧」も表明されている⁽⁵⁾。現に、共犯の処罰根拠について同一の見解に立脚していても、共犯論上の個別問題の処理については、全く逆の帰結を導く例が見受けられる。たとえば、未遂の教唆に関し、惹起説に属する一部の見解は、正犯に実行行為を行なわせて法益侵害の危険性を生じさせたことが構成要件の修正形式としての未遂犯の結果であるから、教唆犯の故意の内容は未遂の結果の発生を認識することで足りると解して、未遂の教唆を可罰とするのに対し⁽⁶⁾、惹起説に属する別の見解は、教唆犯の処罰根拠は正犯を通じて惹起された法益侵害であるから、教唆犯の故意は結果発生を含まなければならないと解した上で、未遂の教唆の場合には、教唆者が正犯の犯行を完全に阻止し得ると考えており、終局的結果へと連なる危険の発生は認識していないということを理由にして、これを不可罰とするのである⁽⁷⁾。惹起説の内部で、共犯論上の個別問題について異なった帰結が導かれる例は、いわゆる片面的対向犯⁽⁸⁾の場合にも見受けられる。たとえば、惹起説の内部で、自己の刑事事件の証拠隠滅を教唆した者の可罰性に関して、教唆者は、証拠隠滅罪（刑法 104 条）の構成要件が予定している「他人の」刑事事件の証拠隠滅という結果を発生させることができないから、これを不可罰とする説⁽⁹⁾と、犯人が他人を巻き込む場合は法益侵害の程度が高いという理由で、教唆者を可罰とする説⁽¹⁰⁾が対立しているのである。

このように、惹起説は、共犯論上の個別問題の処理に統一的な解決を示しているとは言えない状況にあり⁽¹¹⁾、むしろ、その内部での対立が先鋭化するに至っているのである。実際に、惹起説は、純粹惹起説、修正惹起説および混合惹起説に分類されることが多く、現在の共犯の処罰根拠論においては、そのような惹起説の内部の区別が最も重要であると言われている。この 3 分類は論理的な帰結なのであり、

⁽²⁾ もっとも、それ以前にも、たとえば、未遂の教唆との関連で共犯の処罰根拠が取り上げられることはあったが、そこでは、共犯の処罰根拠が固有のテーマとして必ずしも本格的に論じられていたわけではない。Vgl. Stratenwelth, Der agent provocateur, MDR 1953, S. 717ff.

⁽³⁾ 高橋則夫「共犯の処罰根拠論の新様相」『現代刑事法』5 巻 9 号（平 15 年・2003 年）34 頁。

⁽⁴⁾ 大越義久『共犯の処罰根拠』（昭 56 年・1981 年）6 頁以下、平野龍一「責任共犯論と因果共犯論」『法学教室』2 号（昭 55 年・1980 年）〔後に同『犯罪論の諸問題（上）総論』（昭 56 年・1981 年）に収録〕167 頁以下〔引用頁数は後者による〕。

⁽⁵⁾ 香川達夫「共犯処罰の根拠」『学習院大学法学部研究年報』19 号（昭 59 年・1984 年）〔後に同『共犯処罰の根拠』（昭 63 年・1988 年）に収録〕3 頁〔引用頁数は後者による〕。

⁽⁶⁾ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（昭 50 年・1975 年）351 頁。

⁽⁷⁾ 西田典之「アジャン・プロヴォカトゥール（未遂の教唆）」藤木英雄編『刑法の争点』増補版（昭 59 年・1984 年）128 頁以下。

⁽⁸⁾ 本論文では、必要的共犯のうち、関与者の一方だけが処罰されるカテゴリーのことを、片面的対向犯と呼ぶことにする。

⁽⁹⁾ 松宮孝明「〈共犯の処罰根拠〉について」『立命館法学』256 号（平 9 年・1997 年）〔後に同『刑事立法と犯罪体系』（平 15 年・2003 年）に収録〕278 頁〔引用頁数は後者による〕。

⁽¹⁰⁾ 前田雅英『刑法各論講義』第 4 版（平 19 年・2007 年）538 頁以下。

⁽¹¹⁾ 松宮・前掲注（9）275 頁以下参照。

正犯不法と共犯不法の関係という最重要問題を指摘するものであるから、放棄できないというわけである⁽¹²⁾。

そこで、本論文は、共犯の処罰根拠をめぐる諸学説のうち惹起説を取り上げ、共犯の不法を何によって基礎づけるかという基準に従って、これを純粹惹起説、修正惹起説および混合惹起説に分類した上で、各説に検討を加えるとともに、共犯論上の個別問題を惹起説の観点から捉え直し、もって共犯の処罰根拠の解明に役立てることを目的とする。

2 前提的考察

(1) 共犯の処罰根拠の妥当範囲

ドイツでは、「共犯」は狭義の共犯(教唆犯、幫助犯)を意味し、共同正犯を含まないとされている⁽¹³⁾。それゆえ、共犯の処罰根拠の妥当する範囲は、共同正犯には及ばないことになる⁽¹⁴⁾。わが国では、共犯の処罰根拠の妥当する範囲は、狭義の共犯に限られるとする立場⁽¹⁵⁾と、狭義の共犯のみならず共同正犯にまで及ぶとする立場⁽¹⁶⁾が対立している。

わが国におけるこの対立の背景を知る上で、次のような言語学的な側面からの指摘が重要性を持つ。すなわち、ドイツでは、Täter という概念が厳然として存在しており、それに部分的に関与するという意味で Teilnahme という言葉が使用されて、「正犯」に対する「共犯」という概念が提示され、これが、まさに「加担犯」という意味を持つのであるが、わが国では、「共犯」は、犯罪を「共に犯す」ことを内含しているのである。このように、ドイツとわが国では共犯のコノテーションが異なっており、わが国の共犯論としては概念的にドイツのような出発点に立脚できなかったという事情が、共犯の処罰根拠の妥当範囲をめぐる問題の背景に存在すると考えられるわけである⁽¹⁷⁾。

共犯の処罰根拠の妥当範囲は、共同正犯の処罰根拠を、狭義の共犯と同じ処罰根拠で説明してよい可否かという観点から確定されるべきである。共同正犯においては、各共同者が各自の目的を持ち、その目的を実現するために集合力を利用し合っているという集団現象が存在する。犯罪を単独では実現できない場合でも、分業形態、合同力、または相互的な精神的強化によって、これを遂行することができる

⁽¹²⁾ 高橋・前掲注(3) 37頁。

⁽¹³⁾ ドイツ刑法 28 条 1 項参照。

⁽¹⁴⁾ Vgl. Roxin, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1993, Vor §26 Rn. 1ff., Jacobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 657ff., Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 321.

⁽¹⁵⁾ 大塚仁『刑法概説総論』第3版増補版(平17年・2005年)275頁、香川・前掲注(5)7頁、斎藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」西原春夫=渥美東洋編集代表『刑事法学の新動向上巻』下村康正先生古稀祝賀(平7年・1995年)4頁以下、中野次雄『刑法総論概要』第3版補訂版(平9年・1997年)138, 154頁、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(昭63年・1988年)94-5頁等。

⁽¹⁶⁾ 平野・前掲注(4)167頁、内藤謙「共犯論の基礎」『法学教室』114号(平2年・1990年)74頁以下、中山研一「共犯の処罰根拠」中山研一=浅田和茂=松宮孝明『レヴィジョン刑法1 共犯論』(平9年・1997年)21頁、曾根威彦『刑法総論』第3版(平12年・2000年)272頁以下、西田典之「共犯の処罰根拠と共犯理論」『刑法雑誌』27巻1号(昭61年・1986年)144頁以下、大越・前掲注(4)1頁以下、相内信「わが国における「惹起説」の問題状況」『金沢法学』29巻1=2号(昭62年・1987年)410頁以下等。

⁽¹⁷⁾ 川端博=松宮孝明「対談〈共犯論の再構築をめざして〉」『現代刑事法』5巻9号(平15年・2003年)[後に川端博ほか『現代刑法理論の現状と課題』(平17年・2005年)に収録]292頁[引用頁数は後者による]。

のである。このことを、各共同者個人のレベルで分析すると、2人以上の者が相互に他人の行為を利用、補充し合って、それぞれが自己の犯罪を実現したことになる。このような心理学的観点から「一部実行の全部責任の原則」が基礎づけられるわけである⁽¹⁸⁾。したがって、「一部実行の全部責任の原則」の基礎づけにより十分に共同正犯の処罰根拠を説明できるのであるから、共犯の処罰根拠は、狭義の共犯に限り妥当するものと解するべきである⁽¹⁹⁾。

(2) 惹起説の分類

惹起説とは、共犯者は自己の不法と責任に対して罪責を負う、という帰結に至る見解のことである⁽²⁰⁾。惹起説は、この考え方を「純粹」に一貫させる立場と、従属性によって「修正」する立場、および共犯固有の不法と正犯の不法を「混合」させる立場に分類される。

より厳密に述べると、惹起説の内部における学説の分類は、共犯の不法を何によって基礎づけるかという基準で行われるべきであり、違法の相対性を肯定するか否定するかという基準で行われるべきではない。なぜならば、純粹惹起説、修正惹起説および混合惹起説の3説とも、違法の相対性を、多かれ少なかれ（純粹惹起説は全面的に、修正惹起説は例外的に、混合惹起説は部分的に）肯定するので、後者の基準によるならば、3説の区別が不明瞭になってしまい、分類の意味を成さないからである。したがって、たとえば、共犯の不法がもっぱら正犯の不法に依存すると説く修正惹起説の中に、違法の相対性を例外的に認める見解も存在するが⁽²¹⁾、そのことだけを理由にして、かかる見解を混合惹起説に分類することはできない。また、「正犯なき共犯」を肯定するか否定するかという基準で3説を分類することもできない。なぜならば、純粹惹起説の中には「正犯なき共犯」を否定する見解もあり⁽²²⁾、その限りでは、修正惹起説および混合惹起説と一致し、3説の区別が不明瞭になるからである。純粹惹起説の一部の見解と、修正惹起説および混合惹起説が「正犯なき共犯」を否定する理由づけは根本的に異なっており、まさにその点の相違こそが重要なのである⁽²³⁾。

惹起説は、共犯の不法を何によって基礎づけるかという基準によって、純粹惹起説、修正惹起説および混合惹起説に分類される。すなわち、共犯の不法を、純粹惹起説は、もっぱら共犯固有の不法によって、修正惹起説は、もっぱら正犯の不法によって、そして混合惹起説は、共犯固有の不法と正犯の不法の両方によって、それぞれ基礎づけるのである。

⁽¹⁸⁾ 川端博「共犯の本質の解明」『明治大学社会科学研究所紀要』42巻2号（平16年・2004年）〔後に同『共犯の理論』（平20年・2008年）に収録〕17-8頁〔引用頁数は後者による〕、同『刑法総論講義』第2版（平18年・2006年）535頁。

⁽¹⁹⁾ それゆえ、本論文で、「共犯」という用語を使う場合、特に断りのない限り、そこに共同正犯は含まれていない。

⁽²⁰⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 25.

⁽²¹⁾ 平野・前掲注(6) 358頁、大越・前掲注(4) 257頁以下等。

⁽²²⁾ Lüderssen, Der Typus des Teilnehmertatbestandes, Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 449ff. リューダッセンは、当初、「正犯なき共犯」を肯定していたが、後に改説して、これを否定する立場に転じたのである。

⁽²³⁾ 拙稿「惹起説の再検討」『法学研究論集』28号（平20年・2008年）45-6頁。

(3) 惹起説と因果的共犯論

わが国では、惹起説と同じ意味で、因果的共犯論という用語が使われることもある。しかし、惹起説と因果的共犯論の内容は、必ずしも完全に一致するわけではない。ドイツで展開されてきた惹起説は、共犯が自己の行為に基づいて構成要件的結果を発生させたことに共犯の処罰根拠を求める考え方から出発し、構成要件的結果の関与者ごとの相対性に着目して共犯の成否を論じるものである。たとえば、「自殺罪」という構成要件が存在しないことから考えると、法は自己の生命の侵害を禁止していないものと解されるので、嘱託殺人罪（ドイツ刑法 216 条）の構成要件の結果は「他人の死亡」とであるという解釈が導かれるところ、自己の殺害を教唆した被害者は、そもそも「他人の死亡」という嘱託殺人罪の構成要件の結果を惹起することができないから、嘱託殺人罪の教唆犯となり得ないが、嘱託を受けた者は、同罪の正犯として処罰されるのである。この場合、「他人の死亡」という嘱託殺人罪の構成要件の結果は、自己の殺害を教唆した者から見れば発生していないが、嘱託を受けて実行した者から見れば発生していることになる。したがって、自己の殺害を教唆した者は、死亡してしまったことを理由にして、事実上、処罰されないというわけではなくて、その者から見れば、嘱託殺人罪の構成要件の結果が発生していないという理由で処罰されないのである。このようにして、惹起説においては、構成要件の結果の関与者ごとの相対性が認められる⁽²⁴⁾。

これに対し、わが国の因果的共犯論は、一般に、共犯の処罰にとって、正犯から見た構成要件の結果さえ発生していれば十分であると解しており、構成要件の結果の関与者ごとの相対性ということを、ほとんど重視していないのである。この立場においては、自己の殺害を教唆した者は、共犯の処罰根拠とは別の外在的な根拠から、被害者としての地位を有しているとの理由で処罰されないことになる⁽²⁵⁾。

わが国において、共犯の処罰根拠をめぐる学説の状況がきわめて錯綜した様相を呈しているのは、主として、このような、実際には相違を含んだ概念が、無自覚なまま同義の概念として使われてきたことに起因すると思われる。惹起説の根幹は、その先駆的論者であるリューダッセンが述べるように、共犯が自己の不法と責任に対して罪責を負うという点にある⁽²⁶⁾。惹起説という用語を使う以上、この考え方が徹底されなければならない。惹起説は、正犯の結果から遡って共犯の行為との因果関係が認められるか否かという観点ではなく、共犯にとって不法な結果が発生したか否かという観点によって、厳密に把握されるべきなのである。

3 共犯の従属性の程度

惹起説の内部においては、共犯の従属性の程度に関する理解が分かれており、そのことが各説に決定的な相違をもたらしていると考えられるので、惹起説に検討を加えるのに先立って、共犯の従属性の程

⁽²⁴⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 25. 松宮孝明『刑法総論講義』第3版（平16年・2004年）285頁。

⁽²⁵⁾ 前田雅英『刑法総論講義』第4版（平18年・2006年）415, 424頁。

⁽²⁶⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 25.

度につき考察しておかなければならない⁽²⁷⁾。

共犯の従属性の程度につき、M. E. マイヤーは、以下のような 4 つの従属形式を提示した。第 1 は、共犯の処罰を、もっぱら正犯が法律上の構成要件 (gesetzlicher Tatbestand) を実現したことに従属させる最小従属形式 (minimal akzessorische Form) である。この従属形式は、違法でない行為 (たとえば、懲戒権の正当な行使への教唆) への共犯を可罰的とする帰結を導くので、立法上、利用不可能である。

第 2 は、共犯の処罰を、正犯が法律上の構成要件を違法に (rechtswidrig) 充足したことに従属させる制限従属形式 (limitiert-akzessorische Form) である。この従属形式は、最も優れているが、遺憾ながら刑法典により認められていない構成である。

第 3 は、共犯の処罰を、正犯が法律上の構成要件を違法かつ有責的に充足したこと、つまり、正犯行為の完全な犯罪段階に従属させる極端従属形式 (extrem-akzessorische Form) である。この形式こそが、刑法典において、それもドイツ刑法 50 条⁽²⁸⁾において認められている。この従属形式の最大の欠点は、責任無能力者の行為への幫助が不可罰的なままでなければならないということにある。

第 4 は、共犯の処罰を、正犯の人的な資質にも従属させる誇張従属形式 (hyperakzessorische Form) である。この従属形式によると、正犯の人格に付随した、刑罰を加重する事情ないし刑罰を減輕する事情が、共犯を加重ないし減輕することになる。これは、ドイツ刑法 50 条で否定されている⁽²⁹⁾。

この中で、マイヤー自身は、制限従属形式が妥当であると主張したが、それは立法論であって、解釈論としては極端従属形式に従っていた。その後、ドイツでは、1943 年の改正で制限従属形式が採用されるに至ったのである⁽³⁰⁾。ここで注意を要するのは、マイヤーの分類が統一的な観点からなされたものではないということである。すなわち、最小従属形式、制限従属形式および極端従属形式は、共犯が成立するためには正犯がどの程度までの犯罪性を具備していなければならないかという観点で分類されているのに対し、誇張従属形式は、正犯の刑の加減が共犯に連帯するか否かという観点で他の従属形式から分類されているのである。このように、共犯の従属性には、「必要条件としての従属性」と「連帯性としての従属性」という 2 つの意義のあることが明らかである⁽³¹⁾。

したがって、「必要条件としての従属性」と「連帯性としての従属性」とは明確に区別して論じられなければならない。両者を混同すると、共犯の解釈に誤りをもたらすことになる。たとえば、同意殺人 (刑

⁽²⁷⁾ 共犯の従属性は、実行従属性、要素従属性および罪名従属性の 3 つに分類されることが多いが (平野・前掲注 (6) 345 頁以下)、実行従属性は「従属性の有無」の問題、すなわち共犯独立性説と共犯従属性説の対立の問題、要素従属性は「従属性の程度」の問題、そして、罪名従属性は犯罪共同説と行為共同説の対立の問題として把握されるべきである (大塚・前掲注 (15) 268 頁、大谷實『刑法講義総論』新版 (平 12 年・2000 年) 429 頁、佐久間修『刑法講義総論』(平 9 年・1997 年) 348 頁)。ドイツの通説は、共犯の従属性を「従属性の有無」と「従属性の程度」に区別する。Vgl. Maurach-Gössel-Zipf, a. a. O. [Anm. 14], S. 322, 364ff.

⁽²⁸⁾ 当時、同条は、「法規が、ある行為の可罰性を、その行為を実行した者の一身の資格または関係により加重または減輕している場合、これらの特別な所為事情は、その存する正犯または共犯 (共同正犯、教唆犯、従犯) に帰責される。」と定めていた。訳文は、西田典之『共犯と身分』新版 (平 15 年・2003 年) 17 頁による。マイヤーは、この規定が極端従属形式の根拠であると解していたのである。その背景につき、松宮孝明「共犯の〈従属性〉について」『立命館法学』243・244 号 (平 8 年・1996 年) [後に同『刑事立法と犯罪体系』(平 15 年・2003 年) に収録] 262 頁参照 [引用頁数は後者による]。

⁽²⁹⁾ Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 391.

⁽³⁰⁾ 松宮・前掲注 (28) 256 頁参照。ドイツにおいて、極端従属形式が放棄され制限従属形式が採用されるまでの立法過程につき、大越・前掲注 (4) 29 頁以下参照。

⁽³¹⁾ 松宮・前掲注 (28) 248 頁参照。

法 202 条) が失敗に終わった場合の被害者が同意殺人未遂の教唆犯で処罰されることはないという事例を挙げて、被教唆者が構成要件に該当する違法な行為をしたときでも教唆者が処罰されない場合があることを理由として、最小従属形式を支持する見解があるが⁽³²⁾、この見解は誤りであると指摘されている。すなわち、制限従属形式は、共犯成立の必要条件として正犯の違法性を要求するにすぎないのであって、正犯が違法なら共犯もそれに連帯して違法となるという意味ではないから、この事例で被教唆者（同意殺人罪の正犯）が違法であっても、教唆者たる被害者は適法であるという帰結を認めることは制限従属形式に反しないとされ、それゆえ、制限従属形式を否定して最小従属形式を採用する根拠とするために、そのような事例を挙げることは誤りであるとされるのである⁽³³⁾。より一般化して言えば、制限従属形式を採用することにより「必要条件としての従属性」を維持しつつ、正犯が違法である限りにおいて、関与者間での違法の相対性を認めること、すなわち関与者間で違法性の存否ないし程度について異なった評価をすることも、矛盾ではないのである。以下で検討するように、共犯者から保護されている法益の侵害に共犯の処罰根拠があるとする惹起説の基本的な発想からは、共犯から見た構成要件的結果の惹起が共犯処罰の条件となる。そうすると、上で挙げた事例において、同意殺人罪の構成要件的結果は「他人の死亡」であるところ、「他人の死亡」という構成要件の結果は、被害者自身によっては惹起され得ないので、被害者は共犯ではあり得ないことになる。言い換えると、同意殺人罪の法益は、被害者自身による攻撃からは保護されていないのであるから、被害者は、当該法益を侵害することができないのである。そもそも、「自殺罪」という構成要件が存在しないにもかかわらず、自殺に関与する行為だけが構成要件化されているのであるから、同意殺人罪は、共犯の従属性の例外であるということを看過してはならない。この例外を原則化して総則の共犯規定を解釈することは、誤りである⁽³⁴⁾。

共犯の従属性の程度は、共犯成立の必要条件として把握されるべきであり、決して、共犯の成否に影響を及ぼす正犯の要素として把握されてはならない。つまり、共犯の従属性の程度は、「必要条件としての従属性」の程度を意味すると解しなければならないのである。それでは、共犯の従属性の程度として、いずれの従属形式が妥当であろうか。最小従属形式は、単に構成要件に該当するだけで、違法ではない行為に対する共犯を認める点で、共犯の実質を考慮していない。誇張従属形式は、正犯の処罰条件や加重減軽事由が共犯に影響を及ぼさないとしている現行刑法の立場⁽³⁵⁾と相容れない⁽³⁶⁾。また、本来、責任は、反規範的な意思形成を行なった行為者に向けられた人格的非難であり、各行為者について常に個別的に判断されるべきであるから、極端従属形式も適切でない⁽³⁷⁾。したがって、共犯成立の必要条件として正犯の構成要件該当性および違法性を要求する制限従属形式が妥当である⁽³⁸⁾。

⁽³²⁾ 前田・前掲注 (25) 415, 424 頁。

⁽³³⁾ 川端＝松宮・前掲注 (17) 316 頁以下の松宮発言。

⁽³⁴⁾ 川端＝松宮・前掲注 (17) 317 頁、拙稿・前掲注 (23) 44 頁。

⁽³⁵⁾ 刑法 244 条 2 項, 257 条 2 項, 65 条 2 項参照。

⁽³⁶⁾ 大塚・前掲注 (15) 271 頁以下。

⁽³⁷⁾ 川端・前掲注 (18) 『刑法総論講義』531 頁。

⁽³⁸⁾ 拙稿・前掲注 (23) 45 頁。

4 惹起説とその検討

(1) 純粹惹起説とその検討

リュウダッセンは、従属性を事実上の依存性という意味に理解して、自己の不法、つまり正犯から導かれるのではない不法に対する共犯者の責任は、まさに、共犯者も構成要件に該当して (tatbestandsmäßig) 行為することにあると主張する。刑法上の不法の存否は、もっぱら刑法典各則の構成要件から明らかになるとし、共犯の不法の成立にとって、正犯が構成要件に該当して行為するというだけでは十分ではなく、まさに、法益侵害が共犯の一身においても構成要件に該当していなければならない、ということを重ねるわけである⁽³⁹⁾。また、違法概念は相対的であるから、同一の結果を惹起しても、その結果は、客観的に誰に加えられるかによって、違法となることも、違法とならないこともあるのであって、それ自体で適法な結果や、それ自体で違法な結果というものは存在しないと、違法性が相対的に作用することを強調する⁽⁴⁰⁾。そして、共犯者も、共犯者に対して保護されている法益の侵害、または共犯者によって保護されるべき法益の放置に加担する場合に限り、構成要件に該当して行為するということは、ほとんど基礎づけを要しない命題の1つであるとして⁽⁴¹⁾、「法益侵害が共犯者から見ても違法である」場合に、共犯者は責任を負うべきであるとするのである⁽⁴²⁾。たとえば、自己の所有する財物の窃盗を教唆した者は、当該財物が教唆者自身による攻撃からは保護されていないという理由で、つまり、窃盗罪の保護法益である「他人の財物」を窃取することができないという理由で、窃盗罪の教唆犯として処罰されることはないといわれる⁽⁴³⁾。この場合には、正犯に窃盗罪が成立するのに対し、共犯は不処罰とされるから、いわゆる「共犯なき正犯」を認めていることになるが、これとは逆に、いわゆる「正犯なき共犯」を認める結果となる例も挙げられている。たとえば、他人に自殺するよう教唆した者は⁽⁴⁴⁾、自殺者の生命が、自殺者自身による攻撃からは保護されていないのに対し、教唆者による攻撃からは保護されているのであるから、教唆者だけが、自殺者の生命を侵害できるということを理由にして、処罰されるとしている⁽⁴⁵⁾。このようにして、結果に他人性を要求する構成要件では、法益侵害の有無および法益の保護範囲は人によって異なる、という考え方が明示される⁽⁴⁶⁾。

このような考え方を徹底すると、真正身分犯に非身分者が関与した場合に、非身分者が共犯として処罰される根拠を簡単には説明できないことになる。たとえば、非公務員は、収賄罪の主体として、職務の対価である賄賂を收受することができないのであるから、たとえ収賄罪を教唆、幫助しても、自身から見た同罪の構成要件の結果を惹起することができず、自己の不法に対して収賄罪の罪責を負うことは

⁽³⁹⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 25.

⁽⁴⁰⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 64.

⁽⁴¹⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 166.

⁽⁴²⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 64.

⁽⁴³⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 167.

⁽⁴⁴⁾ わが刑法とは異なり、ドイツ刑法は、自殺への関与行為を処罰する規定を設けていない。なお、嘱託殺人罪の規定（ドイツ刑法 216 条）はある。

⁽⁴⁵⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 168. リュウダッセンは、他人の生命は全ての者にとって不可侵であり、誰も他人の生命の侵害に加担することすら許されないと説く。

⁽⁴⁶⁾ 松宮・前掲注 (9) 279 頁参照。

できないと解されるはずなのである⁽⁴⁷⁾。しかし、リュエダッセンは、身分者の行為を純粹事実的なものであると捉え、非身分者には法益が身分者よりも弱く保護されているので、非身分者も共犯として可罰的になるとしている⁽⁴⁸⁾。

リュエダッセンの所説に代表される純粹惹起説が、共犯者は自己の不法と責任に対して罪責を負うものである、という惹起説の根幹にある考え方を徹底させ、自他の区別を構成要件の結果の中に組み入れることにより、違法の相対性を積極的に肯定した点は、たしかに画期的である。しかし、自殺行為や、それに関与する行為を構成要件化した規定がドイツ刑法典に存在しないにもかかわらず、自殺に関与した者だけを共犯として処罰するといった「正犯なき共犯」の成立を肯定する点は妥当でない⁽⁴⁹⁾。なぜならば、「正犯なき共犯」を肯定することは、本来的に予定されている正犯者の規範違反行為が存在していない場面で、共犯を処罰することを意味しているのであって、これを、処罰される当の共犯者自身から見れば、そのような処罰の可否を十分に予測し得る契機が与えられていたとは、少なくとも規範論的な見地においては認められないからである⁽⁵⁰⁾。

さらに、正犯行為への共犯の従属性を純粹事実的なものと把握する点に対しても、正犯の不法要素が、共犯の処罰を法的に支えており、共犯の構成要件に取り込まれているという構造や、構成要件の明確性の要請ということから考えると、共犯の従属性は、事実的依存性ではなく法的依存性であると解しなければならないとして、理由づけの放棄であるとの批判が加えられている⁽⁵¹⁾。正犯行為を、単に共犯行為と構成要件の結果との因果経過上に位置する事実的な存在として捉えると、正犯の不法への従属による共犯成立の限界づけが要求されないから、可罰性の根拠のない拡張を招くことにもなるのである⁽⁵²⁾。

加えて、純粹惹起説は、共犯処罰の独立性を強調し、実行従属性を必要とする内在的な制約を具備しないので、共犯独立性説と接近することになり、この点でも妥当性を欠くのである⁽⁵³⁾。

(2) 修正惹起説とその検討

修正惹起説は、ドイツにおいて多数を占めている見解である⁽⁵⁴⁾。イエシエック／ヴァイゲントは、共犯の処罰根拠を、共犯者が、犯行の故意の喚起を通じて、または、助言もしくは行為を通じて、構成要件に該当する違法な行為を惹起あるいは支援し、かつ、その際に自ら有責に行為するという点に求め、修正惹起説を、共犯の従属性に方向づけられた惹起説として把握する。この考え方からは、共犯者の意

⁽⁴⁷⁾ 松宮・前掲注(9) 284頁参照。この問題については、さらに後述する。

⁽⁴⁸⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 193ff.

⁽⁴⁹⁾ Vgl. Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, S. 3.

⁽⁵⁰⁾ 照沼亮介「共犯の処罰根拠論と中立的行為による幫助」齊藤豊治＝日高義博＝甲斐克則＝大塚裕史編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』(平18年・2006年) 573頁。

⁽⁵¹⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 14], Vor §26 Rn. 12ff., Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, S. 334. 高橋・前掲注(15) 144頁以下。

⁽⁵²⁾ 高橋・前掲注(15) 144-5頁。

⁽⁵³⁾ 照沼・前掲注(50) 571頁。

⁽⁵⁴⁾ Rudolphi, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW, Bd. 78, 1966, S. 92ff., Esser, Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriff im Strafrechtssystem, GA 1958, S. 321ff., Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 685f. [イエシエック／ヴァイゲント〔西原春夫監訳／山名京子訳〕『ドイツ刑法総論』第5版(平11年・1999年) 538頁以下参照], Maurach-Gössel-Zipf, a. a. O. [Anm. 14], S. 322ff. usw.

思が正犯行為の実行に向けられていなければならないこと、および、正犯行為についての故意が要求されるべきことが帰結される。イエシェック／ヴァイグントは、次のように述べて、修正惹起説を支持するべきことを明らかにしている。すなわち、共犯者は、自ら犯罪構成要件に含まれている規範を侵害するのではなく、共犯者の不法は、共犯者が正犯者の規範侵害に加功する点に存すると明言し、このように解する修正惹起説だけが、法律に合致すると説くのである。そして、共犯者の行為の不法は、その根拠と程度において、正犯行為の不法に従属すると説明している⁽⁵⁵⁾。

マウラッハ／ゲッセル／ツィプフは、共犯を、独立した構成要件ではなく、単なる関係概念であるとした上で、共犯それ自体が存在するのではなく、もっぱら他人の行為への共犯だけが存在すると述べる。そして、共犯は、正犯行為者によって実現された構成要件上で構築される刑罰拡張事由であり、一定の行為との関係によって、その行為に依存する概念になるとし、共犯の従属性は、共犯者の責任の可能性が、正犯行為によって充足されなければならない一定の条件に依存するという点に現われると説明する。このような考え方から、共犯の処罰根拠は、共犯者が他人の不法を誘発ないし援助したことにありと結論づけるのである⁽⁵⁶⁾。

ドイツの判例も、修正惹起説に立脚している。ライヒ裁判所は、共犯者の故意が犯罪の既遂にまで及ばなければならないと判示するとともに⁽⁵⁷⁾、「刑法 48 条⁽⁵⁸⁾によれば、教唆される行為は、教唆者にとっては他人の行為である。教唆のこの非独立的な（従属的な）性質ゆえに、可罰的行為の構成要件メルクマールは、正犯者の側に存することで十分である。行為が、教唆者自身によって実行されたとしても、同様に可罰的であることを要しない。」として、法益侵害が、正犯から見て不法な結果であれば、仮に共犯から見て不法な結果でなくても、共犯の可罰性が基礎づけられるとする立場をとっていたのである⁽⁵⁹⁾。この立場を前提とすると、共犯が処罰されるためには、正犯が自身にとって違法な行為をするだけで足り、発生した結果が共犯から見て違法であることを要しないと解されることになるので、たとえば、真正身分犯に非身分者が関与した場合、もし、非身分者が、単独で、身分者たる正犯がしたのと同じ行為をしても、非身分者にとって違法な結果が発生したと言えないことは確かであるが、そのことは共犯の成否とは無関係であり、もっぱら身分者たる正犯から見た違法な結果さえ発生していれば、それだけで非身分者の共犯としての処罰も根拠づけられることになる。このようにして、真正身分犯への教唆の可罰性のほか、片面的対向犯での必要的な関与者による教唆の原則的な可罰性も基礎づけられたのである。ライヒ裁判所の立場は、連邦通常裁判所によっても引き継がれた。連邦通常裁判所も、共犯の処罰根拠を、正犯から見て不法な法益侵害の惹起に求めており、法益侵害が共犯から見て不法であることを要求していない。したがって、連邦通常裁判所は、たとえば、処罰妨害罪等の必要的な関与者の処罰を肯定するのである⁽⁶⁰⁾。

⁽⁵⁵⁾ Jescheck/Weigend, a. a. O. [Anm. 54], S. 685f. 西原監訳／山名訳・前掲注 (54) 538 頁以下参照。

⁽⁵⁶⁾ Maurach-Gössel-Zipf, a. a. O. [Anm. 14], S. 322ff. 高橋・前掲注 (15) 148 頁参照。

⁽⁵⁷⁾ RGSt Bd. 15, S. 315. 大越・前掲注 (4) 145 頁, 高橋・前掲注 (15) 149 頁参照。

⁽⁵⁸⁾ 現行ドイツ刑法 26 条。

⁽⁵⁹⁾ RGSt Bd. 59, S. 34.

⁽⁶⁰⁾ BGHSt Bd. 5, S. 75, Bd. 9, S. 71, Bd. 15, S. 377, Bd. 17, S. 236, Bd. 19, S. 107. 大越・前掲注 (4) 146 頁以下,

修正惹起説は、従属性によって惹起説を修正する見解であるが、そこでは、従属性の根拠づけが全く行われておらず、従属性原理は、根拠づけを要しないドグマティックであると解されているように思われる。根拠づけがなされないのは、客観的違法性論に基づく違法の連帯性を自明のことと解しているからであろう。名宛人なき規範の思想は、違法評価が異なることを拒否し、一方が違法であれば他方も違法となるという考え方であり、それゆえ、正犯が違法であれば、共犯も違法となり、違法は連帯することになる⁽⁶¹⁾。このような発想は、わが国の修正惹起説に、とりわけ顕著に見られる。平野博士は、違法が本来客観的なものであり、責任が主観的なものであるということからくる帰結として、正犯の行為が違法であれば共犯の行為も違法であるから、「違法は連带的である」と言うことができるが、正犯に責任がなくとも共犯には責任があることもあり、その逆のこともあるから、「責任は個別的である」と言えるとされる⁽⁶²⁾。ここでは、「違法が本来客観的なものであり、責任が主観的なものであるということ」が、論証されざる前提となっているのである。

しかし、このような考え方には疑問がある。違法性は、常に連带的に作用するわけではない。なぜならば、一般的な主観的違法要素の存在が認められるからである。たとえば、故意による行為と過失による行為とでは結果発生の実度度が全く異なるのであり、故意、過失のような行為者の主観的な側面は、違法性の存否ないし程度に影響を及ぼすと考えられるので、主観的違法要素の存在は、一般的に肯定されるべきである。故意、過失等の主観的違法要素の存在が一般的に肯定される限り、違法性は主観的かつ個別的にも作用するはずなのである⁽⁶³⁾。修正惹起説は、客観的違法性論に基づく違法の連帯性を貫徹させるものにほかならず、共犯の独立した不法の存在を完全に看過するものとして批判されているのである⁽⁶⁴⁾。

修正惹起説が妥当でないことは、一部の個別問題の処理をめぐっても明らかになる。個別問題の処理において、修正惹起説を徹底させると、妥当な結論を導き得ないことがあり、そのような場合、修正惹起説は、妥当な解決を図るために、自説に修正を加えざるを得なくなるのである。たとえば、修正惹起説がその立場を徹底させるならば、片面的対向犯における必要的な関与者は、常に可罰的となるはずであるが、片面的対向犯の場合、ドイツの判例は、修正惹起説に修正を加えて、刑罰法規が必要的な関与者を特に保護している場合に限り、その者を不可罰とする⁽⁶⁵⁾。このような処理は、論理的一貫性に欠けるし、仮に、論理的一貫性を維持しようとするれば、全ての必要的な関与者を常に処罰するという、具体的妥当性に欠けた結論が導かれる。ドイツの判例のような片面的対向犯の処理に対しては、修正惹起説が違法の連帯性により共犯の処罰根拠を基礎づけるからには、一方が違法ならば他方も違法とするのではない限り、論理的一貫性を欠くという批判を加えることが可能であるし⁽⁶⁶⁾、仮に、論理的一貫性を維持

高橋・前掲注 (15) 149 頁以下。

⁽⁶¹⁾ 高橋・前掲注 (15) 150 頁。

⁽⁶²⁾ 平野・前掲注 (6) 355 頁。

⁽⁶³⁾ 川端・前掲注 (18)『刑法総論講義』166 頁以下参照。

⁽⁶⁴⁾ 高橋・前掲注 (15) 150-1 頁。

⁽⁶⁵⁾ RGSt Bd. 18, S. 273. 大越・前掲注 (4) 147 頁参照。

⁽⁶⁶⁾ 高橋・前掲注 (15) 151 頁。

して、必要な関与者を常に可罰的とする結論を導くならば、それに対しては、結論が具体的に妥当でないという批判を加えることが可能となるのである。このように、修正惹起説は、理論上、少なくとも片面的対向犯に関しては、論理の一貫性または結論の具体的妥当性のいずれかが不可避免的に欠けるまま、これを処理せざるを得ないのである。

(3) 混合惹起説とその検討

ドイツにおいては、混合惹起説も支持を集めている⁽⁶⁷⁾。その淵源は、共犯構成要件における固有の要素と正犯の要素との混合を指摘したヘルツベルクの所説にあると言われている⁽⁶⁸⁾。ヘルツベルクは、「共犯構成要件は、その固有のメルクマールの範囲によって自己完結的であると同時に、正犯構成要件の要素による補充と変形を受け入れるものである」として、共犯構成要件の独自性を強調しつつも、共犯構成要件が固有の要素と正犯の要素との混合から構成されることを明示している⁽⁶⁹⁾。しかし、ヘルツベルクの所説は、共犯構成要件における混合した要素の存在を指摘したのみであって、それぞれの要素についての根拠づけを欠くものであるとして批判されている⁽⁷⁰⁾。

オットーは、共犯の不法が共犯固有の不法と正犯の不法との両方から成り立つことを主張する。まず、正犯の不法が、構成要件に該当する法益侵害の因果的な惹起として認識されるだけでなく、法益侵害において実現される危険を基礎づけるもの、または高めるものとして認識されるならば、正犯の不法は個別的に意味を持つとする。そして、故意犯の正犯および共犯には、正犯および共犯が一定の法益侵害を達成しようとするにより、法共同体の信頼基礎を社会的に有害な態度を通して危殆化するということが共通しているが、危殆化の態様において、正犯と共犯は区別されるとして、次のように説明する。すなわち、正犯による危殆化は、直接的な危殆化であり、「他人に対する」正犯の危険は、行為に「出るか出ないか」および「どのようにして」行為に出るかということに関する正犯の最終的な決定に、その表出が認められ、その実現は、正犯がその表象に従って直接的に法益侵害に取り掛かることにより開始するが、それに対し、共犯による危殆化は、間接的で非独立的な、その実現において正犯の決意に依存する危殆化であるとしているのである⁽⁷¹⁾。しかし、オットーの所説に対しては、共犯を、間接的法益侵害として把握することと、正犯の不法に依存するものとして把握することとの関係を説明していないという批判や、もっぱら危殆化の態様によって、行為無価値的な側面から正犯と共犯を区別することは、共犯を間接的法益侵害として把握することと矛盾するという批判のほか、共犯固有の不法の意味を必ず

⁽⁶⁷⁾ Vgl. Herzberg, a. a. O. [Anm. 49], S. 12, Otto, Anstiftung und Beihilfe, JuS 1982, S. 557ff., Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 657ff., Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 365ff., Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, AT, 6. Aufl., 1985, Vor §26 Rn. 14ff., Stratenwelth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, S. 335 usw. シュトラーターテンヴェルトは、当初、行為無価値惹起説を支持していたが、その後、混合惹起説に改説した。もっとも、改説後の自説を不法共犯説 (Unrechtsteilnahmetheorie) と称して、混合惹起説 (gemischte Verursachungstheorie) から区別している。

⁽⁶⁸⁾ 高橋・前掲注 (15) 154 頁。

⁽⁶⁹⁾ Herzberg, a. a. O. [Anm. 49], S. 12.

⁽⁷⁰⁾ 高橋・前掲注 (15) 161 頁。

⁽⁷¹⁾ Otto, a. a. O. [Anm. 67], S. 558f.

しも明らかにしているわけではないという批判を加えることができる⁽⁷²⁾。

ロクシンは、本質的に正犯の不法を通して共犯の不法が決定されるとし、正犯行為を通して限界づけられた枠内で、再び共犯の独立した不法要素が現れるとする⁽⁷³⁾。その上で、共犯固有の不法の意味を明らかにし、共犯不法の独立的、非従属的要素から、次のような帰結を導き出している⁽⁷⁴⁾。第1に、可罰的な共犯は、正犯によって侵害される法益が共犯に対しても守られているものである、ということを要件とする。たとえば、自己の殺害（ドイツ刑法 216 条）を他人に要求する者、および自己の犯罪の証拠隠滅（ドイツ刑法 258 条）を他人に依頼する者が、教唆犯として処罰されることはない。その理由は、これらの構成要件によって保護されている法益が、その享有主体自身による攻撃や、緊急避難に似た状況にある犯人による攻撃からは保護されていないということに存する⁽⁷⁵⁾。

第2に、可罰的な共犯は、共犯者自身が構成要件実現への故意を持っている、ということを要件とする。たとえば、初めから犯行現場で拘束させようとして空き巣に助力する者のような、単に未遂に至らせることを意図する者は、幫助を理由としては処罰され得ない。故意は非従属的なメルクマールである。正犯が故意を持っており、共犯がそれを知っているということでは、共犯の処罰にとって不十分である。むしろ、共犯は、正犯の故意から独立した、独自の共犯不法の一部を意味する固有の故意を持っていないなければならない⁽⁷⁶⁾。

第3に、可罰的な共犯は、共犯が法益に関係する目的の実現をもその故意の中に持っている、ということを要件とする。多くの犯罪の主観的構成要件が含む法益関係的な目的も、非従属的なメルクマールとして扱われるべきである。たとえば、偽造文書の完成後、警察に引き渡すことを初めから計画して、詐欺に使うとの名目で文書を偽造させた者は、文書偽造の教唆を理由としては可罰的とならない。なぜならば、当該文書によって詐欺が行われるということを、教唆者が知っているとともに意図していなければならないからである。教唆者の故意がそれを目指していない場合、教唆者は保護法益を攻撃しようとしておらず、不処罰にとどまる。この場合、共犯の処罰根拠が存在しないのである⁽⁷⁷⁾。

第4に、可罰的な教唆は、目的に向けられた誘引を要件とする。行為決意を故意により惹起することでは、教唆者の処罰にとって不十分である。この点に、独立した教唆者の不法の一部が現れる。たとえば、一杯になった第三者の札入れを、ある者の手の届く距離に置いておき、その者に窃盗をさせようとする者は、実際にそうなったとき、窃盗の決意を故意に惹起したことになるが、このような場合、教唆者の故意は認められない。なぜならば、教唆者を処罰するためには、教唆者と正犯者の間の共謀、教唆者による目的に向けられた誘引が存在しなければならず、そのような誘引だけが法益への攻撃と評価され得るからである。このように、犯罪の決意を引き起こすことに向けられた行動という明白な意味内容⁽⁷⁸⁾

⁽⁷²⁾ 高橋・前掲注(15) 156 頁、拙稿・前掲注(23) 53-4 頁。

⁽⁷³⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 14], Vor §26 Rn. 4.

⁽⁷⁴⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 67], S. 365ff.

⁽⁷⁵⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 67], S. 370f.

⁽⁷⁶⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 67], S. 372f.

⁽⁷⁷⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 67], S. 374.

⁽⁷⁸⁾ Vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 343f.

が欠ける場合には、教唆は否定されるべきである⁽⁷⁹⁾。

第5に、幫助は、犯罪の意味に関係することを要件とする。幫助も、従属的な惹起を超える無価値を帯びるものでなければならない。幫助によって危険が高められることを要するのである。たとえば、住居侵入に使われると知りながら、ドライバーを他人に売るといった「日常的な行為」ないし「中立的行為」の場合、道具を引き渡すことがもっぱら犯罪的な目的に役立つのであれば、間接的な法益への攻撃と評価されるべきである⁽⁸⁰⁾。

それでは、これらの帰結は、混合惹起説から必然的に導かれる帰結なのであろうか。第1の帰結を除いては、そのようには解されないと思われる。第1の帰結において、共犯は、共犯による攻撃からも保護されている法益を侵害するときに限り成立するとし、片面的対向犯における必要的な関与者の不可罰性が説明されている点に関しては、まさに惹起説の根幹にある考え方から、そのような帰結が導かれており、少なくともその意味で、ロクシンの混合惹起説は、惹起説の根幹部分を維持するものであると位置づけることができる。しかも、この見解に従えば、正犯の不法は、共犯の不法を限界づける要素として把握されるから、正犯は不法であるが、共犯はそうではないという場合があり得ること、すなわち不法が相対化し得ることを肯定できるのである。

これに対し、第2、第3の帰結に関しては、混合惹起説に立脚しつつ、これと異なる帰結を導くこともできるように思われる。未遂の教唆の場合、教唆者は、初めから構成要件的結果を発生させるつもりはないが、正犯が実行に着手することは認識しており、修正された未遂犯の構成要件に該当する結果が発生することを認識しているので、可罰性を認める余地も残されていると考えられる。第4の帰結に関しても、なお検討の余地があると思われる。教唆行為により正犯が実行を決意すれば、正犯に教唆されているという認識がなくても、教唆犯が成立し得ると解することもできる⁽⁸¹⁾。第5の帰結に関しては、次のように考えるべきである。たとえば、住居侵入に使われることを知りながらドライバーを売ったとしても、そのこと自体は日常的な行為にすぎない。この場合に幫助犯を成立させるのであれば、日常的な取引をする者は、その取引のプロセスから犯罪が実行される恐れのあることを知ったとき、これを告発するか、取引を中止しなければならない義務を負わされることになるが、そのように解するのは妥当でない。したがって、「日常的な行為」ないし「中立的行為」の場合、それが犯罪に役立つとしても、通常、幫助犯の成立は否定されなければならない⁽⁸²⁾。

いずれにせよ、ロクシンの混合惹起説は、共犯から見た構成要件の結果の惹起という共犯固有の不法を重視しており、共犯は自己の不法と責任に対して罪責を負うものであるとする惹起説の根幹部分を維持している。この見解が、共犯の不法を限界づける要素として正犯の不法を把握する点で制限従属形式と調和すること、刑法規範の保護範囲の観点から違法の相対性を肯定できること、および、その帰結に

⁽⁷⁹⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 67], S. 376f.

⁽⁸⁰⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 67], S. 378f.

⁽⁸¹⁾ Vgl. Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 146f., Samson, a. a. O. [Anm. 67], §26 Rn. 5. もっとも、ザムソンは、結論的には、そのような教唆を、許された危険の範囲内にあるものとして不処罰とする。

⁽⁸²⁾ 齊藤・前掲注(15) 40頁。拙稿・前掲注(23) 55-6頁、同「中立的行為による幫助」『法学研究論集』31号(平成21年・2009年) 46-7頁。

において、共犯の処罰根拠から、たとえば、片面的対向犯における必要的な関与者の不可罰性を説明すること等は、基本的に妥当な方向を示している⁽⁸³⁾。

ロクシンの見解を通して混合惹起説を分析すると、そこでの共犯固有の不法は、共犯から見た構成要件的結果の惹起であり、正犯の不法は、共犯成立の必要条件であると解される。この考え方によると、正犯の不法は共犯成立の必要条件として要求されるにすぎないから、関与者が複数の場合、正犯が不法である限りにおいて、共犯者ごとに異なる違法評価をすることも可能である。混合惹起説は、違法の相対性を肯定しつつ制限従属形式を採用する立場と調和する上に、たとえば、片面的対向犯における必要的な関与者の不可罰性を、当該関与者が自己の立場から見た構成要件的結果を惹起していない、という共犯の処罰根拠のレベルで説明できるので⁽⁸⁴⁾、惹起説の中で最も優れた見解であると言える⁽⁸⁵⁾。

5 共犯論上の個別問題の処理

(1) 身分犯と共犯

身分犯と共犯の問題のうち、惹起説との関連でとりわけ重要性を帯びるのは、真正身分犯に関与した非身分者の可罰性の基礎づけである。なぜならば、不真正身分犯においては、身分の有無は刑の軽重に差をもたらすが、非身分者であっても構成要件の結果を惹起することができるので、それにより非身分者の固有の不法が基礎づけられるのに対して、真正身分犯においては、本来、一定の身分を有する者に限り構成要件を実現することができるのであり、非身分者は、少なくとも単独では構成要件の結果を惹起することができず、その固有の不法を基礎づけるためには、特別な理由が必要とされるべきこととなるからである⁽⁸⁶⁾。

修正惹起説は、違法の連帯性の観点から、真正身分犯に関与した非身分者の可罰性を、もっぱら正犯の不法から導かれる不法により基礎づける⁽⁸⁷⁾。しかし、既に検討したように、共犯の従属性の程度における制限従属形式は、共犯成立の必要条件として、正犯の不法を要求するのである。そうすると、正犯が不法であるとしても、それに連帯して共犯が常に不法となるわけではないということになる。したがって、修正惹起説のように、真正身分犯に関与した非身分者の可罰性を、身分者の不法により基礎づけることは、妥当でない⁽⁸⁸⁾。

それでは、真正身分犯に関与した非身分者の固有の不法は、どのようにして基礎づけられるのであろうか。純粹惹起説および混合惹起説においては、真正身分犯に関与した非身分者の可罰性を説明することが困難になる。なぜならば、真正身分犯の場合、非身分者は、少なくとも単独では構成要件により保

⁽⁸³⁾ 拙稿・前掲注(23) 56頁。

⁽⁸⁴⁾ この問題については、さらに後述する。

⁽⁸⁵⁾ 拙稿・前掲注(23) 57頁。

⁽⁸⁶⁾ 拙稿「身分犯の法的性質」『法学研究論集』29号(平20年・2008年) 90頁。

⁽⁸⁷⁾ 平野・前掲注(6) 355, 366頁以下参照。

⁽⁸⁸⁾ 拙稿・前掲注(86) 90頁。

護されている法益を侵害することはできないと考えられ、そうである以上、共犯である非身分者から見た構成要件の結果の惹起はあり得ないということになるからである。たとえば、非公務員は、職務の対価である賄賂を収受することができず、それゆえ、自身から見た構成要件の結果を惹起できないことが明らかであるから⁽⁸⁹⁾、非身分者が収賄罪（刑法 197 条）に関与した場合、その可罰性を基礎づけるための、非身分者の固有の不法は、非身分者から見た構成要件の結果の惹起ということ以外に求められなければならないのである。

この点に関して、純粹惹起説は、次のように解している。すなわち、リューダッセンは、真正身分犯に対する共犯を、規範の名宛人を拡大する特別のルールに服させ、「身分者の義務違反を誘発ないし助長する」という内容の「共犯者用の構成要件」に該当するものとして把握し⁽⁹⁰⁾、シュミットホイザーは、身分犯に対する非身分者による共犯を、一般の共犯とは異なる独立の共犯形式を定めたものとして把握しているのである⁽⁹¹⁾。

このような考え方は、混合惹起説にとっても参考になり得るものであると思われる。なぜならば、真正身分犯に関与した非身分者の可罰性を検討する場合、正犯の不法が存在することは当然の前提なのであり、問題となるのは非身分者の固有の不法であるところ、純粹惹起説と混合惹起説の最大の相違点は、純粹惹起説が、共犯成立の必要条件として正犯の不法を要求しないのに対し、混合惹起説は、それを要求するということにあるのであり、その点を除けば、両説とも、共犯固有の不法については基本的に共通した説明をするからである⁽⁹²⁾。

この問題の特殊性は、「通常の犯罪なら、正犯が機械に置き換われば、背後者は正犯に変わるのに、真正身分犯の場合は、構成要件の実現それ自体がなくなってしまう」という点にある⁽⁹³⁾。たとえば、収賄罪を教唆する代わりに、情を知らない公務員を利用する収賄の間接正犯というものが成立するか否かを考えると、賄賂であることを知らせずに公務員に金銭を受け取らせても、供与者と収受者の取り決めがない以上、金銭の賄賂性が否定され、「賄賂を収受」したとは認められないことになるので、間接正犯は成立し得ない。この例は、真正身分犯に関与した非身分者の可罰性が、単純な物理的因果性によっては説明され得ない、ということを示唆している。収賄罪の構成要件が、法益を一般には保護せず、その主体を公務員に限定したのは、公務員の忠実義務を担保することにより法益を保護する趣旨であると解すべきである。そして、この場合、法益が忠実義務と不可分的に結びついていることに注目しなければならない。そうすると、収賄罪に関与した非身分者の可罰性は、外形的な結果の惹起だけではなく、公務員の義務違反を誘発ないし助長したという点に、その根拠を求めるべきことになる。また、たとえば、わが国家公務員法 111 条は、公務員の違反行為に対する命令、故意による容認、そそのかしおよび幫助を独立共犯として処罰しているが、その対象を、全ての違反行為ではなく、秘密の漏洩等に限定してい

⁽⁸⁹⁾ 松宮・前掲注 (9) 284 頁参照。

⁽⁹⁰⁾ Vgl. Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 137f., Jakobs, a. a. O. [Anm. 67], S. 660. 松宮・前掲注 (9) 285 頁参照。

⁽⁹¹⁾ Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1970, S. 420ff., 432f., 438. 松宮・前掲注 (9) 284 頁参照。

⁽⁹²⁾ 拙稿・前掲注 (86) 91 頁。

⁽⁹³⁾ Vgl. Jakobs, a. a. O. [Anm. 67], S. 660. 松宮・前掲注 (9) 284 頁。

る。ここでは、公務員という身分は、当然に連帯するのではなく、特別な理由がある場合に限り、連带的に作用することとされているのである⁽⁹⁴⁾。

このように考えると、真正身分犯に関与した非身分者は、正犯である義務者の不法を前提として、その特別義務の違反を誘発ないし助長したという根拠に基づいて処罰されると解するべきことになる。そうすると、わが刑法 65 条 1 項の「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」という規定は、身分者の特別義務の違反を処罰するだけでは法益保護にとり不十分である場合に、非身分者が身分者の特別義務の違反を誘発ないし助長することを処罰し、それにより法益保護の一層の充実を図る趣旨の規定であるということになる⁽⁹⁵⁾。

(2) 必要的共犯

必要的共犯の中核的な問題は、片面的対向犯において必要的な関与者を処罰することの可否である。この問題をめぐっては、従来、立法者意思説と個別の実質説が対立してきたが、両説の対立という図式が問題の解決にとり常に役立つとは限らない。一般に、立法者意思説は、立法者の予想した定型性の範囲内にある関与行為を不可罰とし⁽⁹⁶⁾、個別の実質説は、犯罪の成立に欠くことのできない関与行為を不可罰とするが⁽⁹⁷⁾、両説とも、一定の範囲内にある関与行為を不可罰とする点で、共通の思考方法に依拠している。立法者意思説に対しては、片面的対向犯において、必要的な関与者を処罰する規定が設けられていないのは、正犯としては処罰しないというだけの趣旨であって、教唆、幫助としても処罰しないという趣旨ではないと解釈することも可能であるとの指摘があるが⁽⁹⁸⁾、この指摘は、個別の実質説にも、同説が立法者意思説と共通の思考方法を採用する限りで、妥当すると思われる。仮に、そのような解釈を前提とするならば、関与行為が一定の範囲内にあるか否かという基準によっては、それが可罰となる場合と不可罰となる場合とを区別できないことになる。そこで、より根本的な観点から片面的対向犯の問題を解決することが必要となる。片面的対向犯において、必要的な関与者が処罰されるか否かは、その関与行為に共犯として処罰される根拠があるか否かにより決定されるべきなのである⁽⁹⁹⁾。

それでは、共犯の処罰根拠によって、片面的対向犯の問題は、どのように解決されるのであろうか。最近のドイツの文献や、わが国の有力な見解によると、片面的対向犯には、第 1 に、必要的な関与者が法益主体である類型、第 2 に、刑法規範が必要的な関与者による攻撃からは法益を保護していない類型、第 3 に、第 1 と第 2 の類型に属さない、必要的な関与者が他人の法益や社会的法益を侵害する類型があ

⁽⁹⁴⁾ 松宮・前掲注 (9) 285 頁以下、同「身分の連帯作用について」『刑法雑誌』38 巻 1 号 (平 10 年・1998 年) [後に同『刑事立法と犯罪体系』(平 15 年・2003 年)に収録] 294 頁以下参照 [引用頁数は後者による]、拙稿・前掲注 (86) 91-2 頁。

⁽⁹⁵⁾ 松宮・前掲注 (94)「身分の連帯作用について」296 頁、拙稿・前掲注 (86) 92 頁。

⁽⁹⁶⁾ 団藤重光『刑法綱要総論』第 3 版 (平 2 年・1990 年) 432-3 頁、最判昭和 43 年 12 月 24 日刑集 22 巻 13 号 1625 頁。

⁽⁹⁷⁾ 平野・前掲注 (6) 379-380 頁、西田典之「必要的共犯」阿部純二=板倉宏=内田文昭=香川達夫=川端博=曾根威彦編『刑法基本講座第 4 巻』(平 4 年・1992 年) 268-9 頁。

⁽⁹⁸⁾ 平野龍一「必要的共犯について」『警察研究』49 巻 3・4 号 (昭 53 年・1978 年) [後に同『犯罪論の諸問題 (上) 総論』(昭 56 年・1981 年)に収録] 195-6 頁 [引用頁数は後者による]。

⁽⁹⁹⁾ 拙稿「必要的共犯の構造」『法学研究論集』30 号 (平 21 年・2009 年) 64 頁。

るとされる。具体例として、第 1 の類型には、嘱託殺人罪（ドイツ刑法 216 条）や暴利罪（ドイツ刑法 291 条）等が、第 2 の類型には、被拘禁者の解放（ドイツ刑法 120 条）および処罰妨害罪（ドイツ刑法 258 条）等が、第 3 の類型には、特定債権者庇護罪（ドイツ刑法 283 条 c）、当事者に対する背信行為（ドイツ刑法 356 条）、およびわが国のわいせつ物頒布等の罪（刑法 175 条）等が、それぞれ挙げられる⁽¹⁰⁰⁾。以下では、これらの類型に即して検討を加えていくことにしたい。

第 1 の類型について、純粹惹起説と混合惹起説は、共犯固有の不法につき、基本的に共通した主張を展開する。リュウダッセンによれば、第 1 の類型に属する嘱託殺人罪の保護法益は「他人の生命」であるところ、自己の殺害を嘱託した者は、これを侵害することができないから、自身に対して保護されている法益を侵害したことにはならず、不可罰となる。ロクシンも、第 1 の類型について同様に解しており、共犯が自身に対しても保護されている法益（auch ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut）を侵害する場合に限り、法律上の意味における共犯が存在し得るとする⁽¹⁰¹⁾。この考え方によると、たとえば、暴利行為の被害者は、たとえ自分から暴利行為をするよう正犯に教唆したのであっても、その財産が自身に対しては保護されていないという理由で、可罰的な共犯とはされないことになる。同様に、誰も自己の固有の性的完全性を刑法上重要な方法で侵害することはできないので、ドイツ刑法 174 条（保護を命じられた者による性的虐待）以下の被害者の共同行為は、全て不可罰となる。さらに、嘱託殺人未遂の被害者のように、共同する被害者が、侵害される法益を処分できない場合も、そのような被害者は処罰されない⁽¹⁰²⁾。

このように、第 1 の類型においては、法益が法益主体による攻撃からは保護されていないということを理由にして、法益主体たる必要的な関与者の不可罰性を基礎づけることができる。たとえば、「自殺罪」という構成要件が存在しないことから考えると、法は自己の生命の侵害を禁止していないものと解されるので、嘱託殺人罪の保護法益は「他人の生命」であるという解釈が導かれるところ、自己の殺害を教唆した被害者は、「他人の生命」を侵害して、構成要件の結果を惹起することができず、共犯固有の不法が存在しないことになるから、共犯として処罰されないのである。したがって、第 1 の類型における必要的な関与者は、その関与の程度にかかわらず、不可罰となる⁽¹⁰³⁾。

法益主体自身による攻撃から法益が保護されていないということを理由にして、必要的な関与者の不可罰性を基礎づける説明は、第 2 の類型には通用しない。なぜならば、第 2 の類型に属する構成要件は、国家的法益をその保護法益としており、必要的な関与者が国家的法益の主体となることはあり得ないからである。それでは、第 2 の類型における必要的な関与者の不可罰性は、どのように基礎づけられるべきであろうか。

第 2 の類型に関しても、リュウダッセンとロクシンの主張は共通している。すなわち、人的庇護（ド

⁽¹⁰⁰⁾ 豊田兼彦「必要共犯についての一考察（一）」『立命館法学』263 号（平 11 年・1999 年）〔後に同『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（平 21 年・2009 年）に収録〕56-7 頁〔引用頁数は後者による〕。Vgl. Roxin, a. a. O. [Anm. 14], Vor §26 Rn. 34ff., Jescheck/Weigend, a. a. O. [Anm. 54], S. 698f. 西原監訳／山名訳・前掲注（54）550-1 頁。

⁽¹⁰¹⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 14], Vor §26 Rn. 2.

⁽¹⁰²⁾ Roxin, a. a. O. [Anm. 14], Vor §26 Rn. 38.

⁽¹⁰³⁾ 拙稿・前掲注（99）60 頁。

イツ旧刑法 257 条) および被拘禁者の解放において、刑事訴追および刑の執行という法益は、犯罪者が自己を刑事訴追および刑の執行から逃れさせることから保護されていないので、自己を刑罰から逃れさせるために処罰妨害および被拘禁者の解放を教唆する者は、いかなる手段を用いて法益を間接的に侵害しても、罪責を問われることはないとするのである⁽¹⁰⁴⁾。わが国の有力な見解も、リューダッセンやロクシンの議論を援用しながら、次のように主張する。すなわち、刑法は、社会生活上不当とされる行為の全てを禁止するものではなく、そのような行為のうち、刑罰という最も厳しい法的制裁を科すのに値する行為のみを禁止するものであるから、刑法によって保護されるべき利益は断片的なものとなるし、同一の利益に対する侵害であっても、「誰による侵害か」が問題となり得る。刑法が、誰の攻撃からどのような利益を保護しようとしているのかということは、各則の構成要件の解釈によって明らかになる。刑法上の法益は、構成要件の保護範囲によって決まるものなのである。たとえば、わが国の犯人蔵匿罪(刑法 103 条)や証拠隠滅罪(刑法 104 条)に相当する処罰妨害罪の構成要件が、犯人自身による処罰妨害を排除していることから、同罪の保護法益は、犯人以外の者による攻撃から保護されている司法作用であるという解釈が導かれる⁽¹⁰⁵⁾。

要するに、第 2 の類型においては、必要な関与者は、自身による攻撃から保護されていない法益を侵害して、自身から見た構成要件の結果を惹起することができないので、共犯固有の不法が存在しないことになる。したがって、第 2 の類型における必要な関与者、たとえば、自己の刑事事件の証拠隠滅を他人に教唆した犯人や、自己の蔵匿を他人に教唆した犯人は、その関与の程度にかかわらず、不可罰となる。このように解することで、証拠隠滅罪の客体を明文で他人の刑事事件の証拠に限定し、また、蔵匿された犯人を処罰する規定をあえて設けないことにより、立法者が、証拠隠滅罪や犯人蔵匿罪の自己庇護罪の性格⁽¹⁰⁶⁾を表明したこととも調和した結論を導くことができる⁽¹⁰⁷⁾。

第 1 と第 2 の類型では、必要な関与者の不可罰性は、当該関与者が自身から見た構成要件の結果を惹起しておらず、共犯固有の不法が存在しないということを理由にして基礎づけられるが、第 3 の類型では、この基礎づけは通用しない。なぜならば、必要な関与者の不可罰性は、第 1 の類型では、法益主体たる必要な関与者が自身の法益を侵害し得ないことを理由にして、第 2 の類型では、法益が必要的な関与者による攻撃からは保護されていないことを理由にして、基礎づけられるのに対し、第 3 の類型では、必要な関与者は法益主体でなく、また、法益は必要的な関与者による攻撃からも保護されているからである。したがって、第 3 の類型における必要な関与者の不可罰性を、少なくとも惹起説から直接的に基礎づけることは困難であると考えざるを得ない。そこで、惹起説の観点を重視しつつ、別の根拠から第 3 の類型を解決することが必要となる。

第 3 の類型における必要な関与者について、共犯固有の不法がない限り共犯は成立しないと解する

⁽¹⁰⁴⁾ Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 169ff., Roxin, a. a. O. [Anm. 14], Vor §26 Rn. 39, ders., a. a. O. [Anm. 67], S. 370f. 豊田兼彦「必要的共犯についての一考察(二)」『立命館法学』264 号(平 11 年・1999 年)〔後に同『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(平 21 年・2009 年)に収録〕81 頁参照〔引用頁数は後者による〕。

⁽¹⁰⁵⁾ 豊田・前掲注(104) 83-4 頁。

⁽¹⁰⁶⁾ 川端博『刑法各論講義』(平 19 年・2007 年) 603-4, 610-1 頁参照。

⁽¹⁰⁷⁾ 拙稿・前掲注(99) 61 頁。

惹起説からは、共犯の処罰は、問題となる各則の構成要件の解釈を通して明らかになる正犯の不法の質によって限定されるのであり、共犯は、正犯の不法と質的に合致した不法を実現するのでなければ処罰されないということが主張されている⁽¹⁰⁸⁾。第3の類型における正犯の不法の質は、わが国の有力な見解によれば、潜在的な増幅作用によって特徴づけられる。たとえば、わいせつ物の頒布は、それによってわいせつ物が全方向に拡散し、そして、そのような行為が反復される可能性が高いゆえに、社会にとって危険なのであり、立法者はそのような行為の質的な特徴に着目してこれを可罰的とし、犯罪類型化したのである⁽¹⁰⁹⁾。この見解が援用しているグロップの主張によれば、第3の類型に属する片面的対向犯の構造上の特徴は、1人の正犯が繰り返し不特定の第三者と共同する可能性、すなわち増幅作用を持っていることにある⁽¹¹⁰⁾。このような質的特徴を持った不法は「増幅不法」(Multiplikatorunrecht)と呼ばれる⁽¹¹¹⁾。たとえば、わいせつ物頒布等の罪においては、わいせつ物1000冊を所持する1人の販売者から、1000人の購入者が発生し得る。この場合、販売者1人のみを正犯として処罰することと、正犯に加えて購入者1000人をも処罰することとの間で、法益保護の効果に大きな違いがあるとは思われないし、むしろ、購入者1000人を処罰することにより得られる法益保護の効果よりも、1000人の犯罪者を作り出し、行為自由を制限する不利益のほうが大きいと考えられる。そこで、法益保護と行為自由との衡量を内在させた比例原理の考え方が注目される。比例原理とは、行為自由の制限は、それが法律の目的の達成にとり最も適切かつ最も穏やかな手段である場合に限り許されるという原理のことである。比例原理によると、たとえば、わいせつ物頒布等の罪において、わいせつ物の購入者を処罰することは許されない。なぜならば、性秩序ないし健全な性的風俗の保護という法律の目的は、販売者の処罰によるわいせつ物の流通の阻止という、最も穏やかな手段で達成できるからである。わいせつ物頒布等の罪のような、「頒布」や「販売」といった行為態様を記述する犯罪において、増幅不法の周辺での共同が可罰的であるとして類型化されていない場合、それは、比例性の内容の特徴づける最も穏やかな手段の原則に基づいているのである。また、増幅不法は、特定債権者庇護罪のような、正犯が出来事を中心点となって犯罪遂行のために典型的に第三者をおびき寄せる行為態様を記述する犯罪にも見られる。特定債権者庇護罪における債務者は、通常の方法では完全な債権の満足を得られない複数の債権者を繰り返しおびき寄せることのできる立場にあるので、潜在的な増幅作用を持っていると言えるのである⁽¹¹²⁾。

このように、惹起説の観点を重視しつつ比例原理に着目する考え方からは、第3の類型における必要な関与者の不可罰性は、当該関与者が増幅不法を実現し得ないということを理由にして基礎づけられる。正犯が潜在的な増幅作用を持つことに特徴のある第3の類型においては、必要な関与者は、正犯の不法と質的に合致した不法、すなわち増幅不法を実現しない限り、処罰されないと解するべきである。

⁽¹⁰⁸⁾ Gropp, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992, S. 73ff., Lüderssen, a. a. O. [Anm. 1], S. 25f., Roxin, a. a. O. [Anm. 14], Vor §26 Rn. 1ff., ders., a. a. O. [Anm. 67], S. 370ff. 豊田兼彦「必要的共犯についての一考察(三)」『立命館法学』265号(平11年・1999年)〔後に同『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(平21年・2009年)に収録] 98-9頁〔引用頁数は後者による〕。

⁽¹⁰⁹⁾ 豊田・前掲注(108) 99-100頁。

⁽¹¹⁰⁾ Gropp, a. a. O. [Anm. 108], S. 207ff., 238.

⁽¹¹¹⁾ Gropp, a. a. O. [Anm. 108], S. 214, 228, 229.

⁽¹¹²⁾ Gropp, a. a. O. [Anm. 108], S. 206ff. 豊田・前掲注(108) 103頁以下。

たとえば、わいせつ物頒布等の罪における増幅不法の中心は、わいせつ物の販売者なのであり、購入者は、増幅不法の周辺に関与するにすぎないから、販売者の不法と質的に一致した不法を実現することができず、基本的には、その関与の程度とは関係なく不可罰となると解するべきである⁽¹¹³⁾。また、特定債権者庇護罪における特定債権者の不可罰性は、特定債権者が、他の複数の債権者を繰り返しおびき寄せることはできず、増幅不法を実現できないということを理由にして基礎づけられると解するべきである⁽¹¹⁴⁾。

6 結 論

最後に結論をまとめ、本論文を締め括ることにしたい。

共犯の処罰根拠は、狭義の共犯（教唆犯，幫助犯）に限り妥当するものである。これに対し，共同正犯の処罰根拠は，「一部実行の全部責任の原則」の基礎づけによって十分に説明され得る。

惹起説は，共犯の不法を何によって基礎づけるかという基準に従って分類される。これに対し，違法の相対性または「正犯なき共犯」を認めるか否かという基準で惹起説を分類しようとするならば，惹起説の内部における学説の区別が不明瞭になり，分類の意味を成さない結果となる。

共犯の従属性の程度は，共犯成立の必要条件として把握される。制限従属形式は，共犯成立のために正犯の不法が必要であるということを内容とするのであり，決して，正犯が不法ならばそれに連帯して共犯も不法となるということを意味するのではない。したがって，制限従属形式に依拠しつつ，違法の相対性を肯定することも十分に可能である。

惹起説の根幹は，共犯が自己の不法と責任に対して罪責を負うという点にある。混合惹起説は，共犯から見た構成要件的結果の惹起によって共犯固有の不法を基礎づけるとともに，正犯の不法を共犯成立の必要条件として求める見解であり，惹起説の根幹部分を維持している。混合惹起説を採用することにより，正犯の不法に限界づけられた枠内で違法の相対性を認めることができ，共犯の従属性の程度において制限従属形式を採用することと，複数の関与者間において違法の相対性を肯定することとの論理的整合性が担保される。

真正身分犯に関与した非身分者は，少なくとも単独では構成要件的結果を惹起することができないのであるから，その不法を基礎づけるためには，特別な理由が必要となる。真正身分犯においては，法益が一定の義務と不可分的に結びついており，これに関与した非身分者の不法は，正犯である身分者の不法を前提に，非身分者が身分者の義務違反を誘発ないし助長したことを理由にして基礎づけられる。

片面的対向犯には，第 1 に，嘱託殺人罪や暴利罪のように，必要的な関与者が法益主体である類型，第 2 に，処罰妨害罪のように，刑法規範が必要的な関与者による攻撃からは法益を保護していない類型，

⁽¹¹³⁾ もっとも，販売者の意思を制圧して販売させるような場合には，購入者自身が中心となって増幅不法を実現したと解することもできるように思われる。しかし，そのような場合には，別罪が成立する可能性もあると考えられる。

⁽¹¹⁴⁾ 拙稿・前掲注（99）63－4 頁。

第3に、特定債権者庇護罪やわいせつ物頒布等の罪のように、第1と第2の類型に属さない、必要的な関与者が他人の法益や社会的法益を侵害する類型がある。第1と第2の類型においては、法益が必要的な関与者による攻撃からは保護されておらず、当該関与者は、自身から見た構成要件の結果を惹起することができないので、その関与の程度とは関係なく不可罰とされる。第3の類型において、必要的な関与者を処罰する規定が設けられていない趣旨は、比例原理にある。この場合、惹起説の観点を重視しつつ比例原理に着目する考え方からは、必要的な関与者は、正犯の不法と質的に合致した不法、すなわち増幅不法を実現しない限り、不可罰とされる。このように、片面的対向犯における必要的な関与者の不可罰性は、第1と第2の類型では、惹起説から直接的に基礎づけられ、第3の類型では、当該関与者が増幅不法を実現し得ないということを理由にして基礎づけられる。

以上の検討を通して、本論文は、混合惹起説を妥当な見解として支持するに至ったのである。

(とのぎ たかあき)